

Giurisprudenza sotto obiettivo

Delitti contro la persona

La decisione

Omicidio colposo - Obbligo di manutenzione - Controllo sicurezza della circolazione - Posizione di garanzia del gestore della strada - Omesso impedimento dell'evento - Configurabilità (c.p. artt. 589 cpv., 40 cpv.; d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 14).

Il destinatario dell'obbligo di effettuare la manutenzione stradale risponde di omicidio colposo per omesso impedimento dell'evento, in forza della sua posizione di garante, nel caso in cui si verifichi un incidente con conseguenze mortali a causa dell'omessa rimozione di una barriera laterale pericolosa (In motivazione il Gip presso il Tribunale di Campobasso ha ritenuto accertata la violazione dell'art. 14, d.lgs. n. 285 del 1992 con conseguente imputabilità al gestore della strada, titolare della posizione di garanzia in questione, dell'evento morte per sinistro stradale. Si dispone quindi, a cura del P.M., la concreta individuazione del suddetto obbligato) (1).

TRIBUNALE DI CAMPOBASSO, SEZIONE G.I.P., 4 luglio 2014 (ud. 22 aprile 2014) - PEPE, *Giudice*.

Il commento

Considerazioni in tema di reato omissivo improprio e illecito colposo di evento. Lineamenti ricostruttivi della responsabilità del garante della manutenzione stradale: il binomio dovere-potere quale irrinunciabile "lasciapassare" nel territorio penale

1. Per formulare delle considerazioni in margine al *casus decisis*, si impone la necessità di delinearne la fisionomia essenziale, offrendone la sintetica dinamica fattuale e l'operata ricostruzione in diritto, scandita dai tasselli argomentativi che dalla concreta trama causale sono fatti discendere.

Questi i fatti.

Un soggetto, alla guida della propria vettura, si trovava ad effettuare una brusca manovra di sterzata, in conseguenza della quale il veicolo invadeva la corsia opposta, per poi effettuare una parziale rotazione seguita da uno spostamento laterale che ne determinava, dapprima, l'urto con un cordolo costituente una banchina, infine, la collisione esiziale con un muretto posto sulla strada a protezione di un canale di raccolta delle acque.

Stando alle risultanze probatorie, l'auto non presentava segni che potessero convalidare un'ipotesi di urto con altra vettura o con il guard-rail, potendosi

dunque concretamente ipotizzare che l'impatto determinante la morte fosse stato quello con il muretto prefato. Il manufatto in questione, posizionato in maniera più sporgente rispetto alla banchina, risultava essere in pietra, materiale rigido, inidoneo quindi a scaricare la forza cinetica di un veicolo in caso di urto. Per converso, si constataba, da un lato, l'esistenza di una norma – nel dettaglio, l'art. 14 d.lgs n. 285 del 1992 – che, conferiti i relativi poteri, fondava un preciso obbligo di manutenzione e controllo in capo al gestore della strada (l'ente proprietario o il concessionario della medesima), dall'altro, l'ottemperanza al citato obbligo come concretamente possibile oltre che risolutiva. Detto adempimento, sostanziandosi nella rimozione e sostituzione della predetta opera, pericolosa ed inadeguata, avrebbe, infatti, evitato l'evento morte.

Al riguardo, si notava come la persistenza di siffatto muretto fosse riconoscibile come circostanza idonea ad occasionare un risultato letale, sulla base del metro indiretto rappresentato dalla regolamentazione di settore – costituita dal d.m. 223 del 1992 e dai successivi aggiornamenti ed integrazioni. Ravvisati, pertanto, a carico del gestore della strada, titolare della posizione di garanzia così enucleata, tutti i presupposti per l'imputazione colposa dell'evento, si concludeva disponendone l'effettiva individuazione.

2. Il caso merita particolare attenzione non tanto perché ritragga una vicenda singolare, dai tratti insoliti, partecipando, anzi, ad una casistica non poco diffusa, ma, piuttosto, perché, per la sua ricchezza di spunti, si presta ad essere riletto da più prospettive, ognuna delle quali sembra far affiorare interessanti riflessioni. Esulerebbe, invero, dall'economia del presente commento una trattazione approfondita dei singoli aspetti che tessono l'intelaiatura delle figure in considerazione, oltrepassando certo i confini di quello che vuole essere solo un inquadramento generale, pur capace di indugiare sui profili problematici, a volte sfocati, delle categorie che sembrano fare capolino.

Nell'esposizione delle questioni connesse alla tematica dell'omissione impropria colposa, sembra opportuno, allora, seguire, per la loro agevole linearità, quasi ad esimere l'analisi da ogni sforzo ricompositivo, i passaggi logico-giuridici con cui limpidamente si snoda il ragionamento del giudicante. Non passa inosservato, intanto, dal compendio proposto, quel carattere di procedimento "a ritroso" che connota l'indagine giudiziale nelle fattispecie

omissive improprie¹: si muove dalla verifica di un evento determinato da una progressione causale naturalistica e si ricerca se, sulla stessa, avrebbero potuto innestarsi delle condotte imposte dall'ordinamento mediante un obbligo diretto ad impedire il compiuto dispiegarsi di tale seriazione eziologica.

Subito dopo aver ricostruito la dinamica del drammatico incidente consegnato al suo giudizio, l'interprete del caso concreto focalizza la propria attenzione sull'"elemento di pericolo"² che la connota, per domandarsi se possa rinvenirsi nell'ordinamento una fonte capace di originare l'obbligo che, per l'appunto, l'individuata "situazione tipica"³ - presupposto di fatto che costituisce una condizione di pericolo per il bene da proteggere - parrebbe suscettibile di attualizzare.

Sempreché, si intende, la risposta all'interrogativo dianzi posto si scoprisse positiva. Ebbene, porre l'accento su tale primo aspetto consente di cogliere una problematica dalle sembianze proteiformi⁴, che pare agitarsi in controluce: sembra esigere che le si dedichi attenzione.

¹ È appena il caso di sottolineare che, sebbene l'inevitabile prospettiva *ex post*, immanente alla fase dell'accertamento giudiziale, appaia sempre esposta al rischio delle scorciatoie cui può condurre l'avvenuta realizzazione del risultato dannoso, essa manifesta tratti ancor più critici in relazione all'omesso impedimento di un evento, il cui riscontro postula una valutazione doppiamente ipotetica (per la definizione del modello euristico della causalità omissiva come giudizio controfattuale di "secondo grado", v. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 ss.).

² Così, testualmente, nell'ordinanza. Al riguardo, è forse significativa la mancanza, sul piano terminologico, di qualsiasi riferimento, all'esistenza di un'"insidia". L'assunto può giustificarsi sulla scorta di taluni argomenti. È ben vero che i concetti di insidia e di pericolo assumono nel linguaggio comune un significato tendenzialmente sovrapponibile. Ciò, però, non accade presso la giurisprudenza, in specie di legittimità, impegnata a decidere in tema di infortuni ed incidenti cagionati da omessa o insufficiente manutenzione stradale da parte degli enti competenti. In particolare, al riguardo si registra un orientamento (v., da ultimo, Cass., Sez. IV, 2 luglio 2013, L., in *www.iusexplorer.it*, nonché Id., Sez. IV, 18 maggio 2005, Ducci, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 76) che condiziona la responsabilità dei soggetti addetti alla manutenzione all'oggettiva esistenza di un pericolo non percepibile e, quindi, non evitabile con l'ordinaria diligenza, da parte dei fruitori della strada (si noti come il concetto dunque incroci la tematica della colpa, sulla quale v. *infra*).

Il Gip, allora, così facendo, mostra forse di voler prendere le distanze da tale impostazione, per fare propria quella diametralmente opposta (emblematica di tale secondo indirizzo risulta Cass., Sez. IV, 28 settembre 2012, citata nella parte finale dell'ordinanza in esame), che, secondo alcuni autori, costituirebbe, addirittura, *communis opinio* (per una tale valutazione, v. CIVELLO, *Il delitto colposo d'evento da omessa manutenzione stradale: la colpa soccombe sotto il peso della posizione di garanzia, in questa Rivista*, 2014).

³ V., sul punto, GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IX, Roma, 2013, 519.

⁴ Detta tematica, infatti, esercita non poca influenza su una pluralità di profili (v. *infra*).

Nella materia dei reati omissivi impropri, l'inevitabile tensione tra la dimensione dei diritti di libertà⁵ e le istanze solidaristiche⁶ – specchio della dialettica, immanente all'ordinamento, tra *favor libertatis* e tutela degli altrui beni giuridici – affiora in maniera emblematica.

Tanto vale, innanzitutto, ad ancorare ad un basamento costituzionale la ben nota esigenza – già incisa nella dizione letterale dell'art. 40, co. 2, c.p. – che la responsabilità per la verifica di un evento si fondi su una determinata imposizione giuridica funzionale ad impedirla.

Quanto agli estremi identificativi di tale posizione di garanzia, non va sottaciuto come la laconicità⁷ della norma citata demandi alla elaborazione dogmatica e alla prassi giurisprudenziale, da un lato, di operare un'*actio finium regundorum* della sua effettiva area di applicazione⁸, dall'altro, il compito di individuare quelle componenti che, pur implicite, si svelano impresse nella sua architettura, presupposti al ricorrere dei quali il meccanismo così sagomato trova esplicazione⁹. Così soltanto evocato un articolato dibattito – che meriterebbe ben altri approfondimenti –, va, peraltro, dato atto di alcuni aspetti che, al lume della risultante di un ragionevole bilanciamento tra i parametri lumeggiati, formano ormai oggetto di opinione condivisa.

Tentando di offrirne, in maniera necessariamente schematica, un'estrema sintesi¹⁰, si può rimarcare come appaia generalmente acquisito che l'obbligo giuridicamente qualificato dall'art. 40, co. 2 c.p. si connota per essere

⁵ Sottesi, anzitutto, al principio di legalità e ai suoi corollari nonché al principio di personalità della responsabilità penale, in un intimo connubio tra l'art. 13 Cost. e l'art. 27 Cost.

⁶ Per un rapido ritratto casistico dell'evoluzione della giurisprudenza verso la "scoperta" del solidarismo insito nella "teoria del garante" cfr. CANESTRARI e GIANGIACOMO, *Questioni di diritto penale. Il processo Salvemini*, Torino, 2004, 49 e ss.

⁷ GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 5, in www.iusexplorer.it.

⁸ Per un approfondimento sulle problematiche specifiche relative alle fattispecie suscettibili di conversione ex art. 40 cpv., cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 103; RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1267 e ss.; sul piano generale, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 585-586; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 154; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 380.

⁹ Quella relativa all'individuazione e alla portata della posizione di garanzia – momento ineludibile nella ricostruzione della fattispecie omissiva impropria – è questione di indiscussa complessità e spiccato rilievo nella dogmatica penalistica. Essa si rivela poi ancor più delicata ove si consideri il cospicuo catalogo di ipotesi che può vantare la fenomenologia nella quale essa trova concreta emersione; v., *infra* nel testo, in particolare nota 14, per alcuni riferimenti.

¹⁰ Focalizza i profili che seguono MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 342 e ss.

sufficientemente determinato, nonché rivolto a specifiche categorie di soggetti¹¹, forniti – si badi – di speculari poteri giuridici; che, inoltre, l’obbligo-potere di impedimento – nella sua declinazione, a monte, in termini di controllo sull’insorgenza di situazioni di pericolo e, a valle, di intervento sulla situazione stessa – è ad esplicarsi a fronte di un altrettanto necessario potere materiale¹², della concreta possibilità, cioè, di realizzare quella tutela rafforzata di beni giuridici¹³ in astratto predisposta per sopperire all’incapacità dei rispettivi titolari¹⁴. Ebbene, come si avrà modo di verificare, la pronuncia in disamina sembra far proprio tale retroterra, tenendo ben presente la tematizzazione così brevemente scandita.

3. Ma andiamo con ordine.

Tornando alla prospettazione operata dall’ordinanza, non stupisce come, considerato il teatro dell’incidente, l’individuazione della posizione di garanzia principi dall’indagare le norme di settore che disciplinano l’ambito della circolazione stradale, e – come suggeriscono le circostanze fattuali – in

¹¹ In questo preciso senso si parla di “reato proprio” (cfr. CANESTRARI e GIANGIACOMO, *Questioni di diritto penale. Il processo Salvemini*, cit., 66). Richiama l’attenzione sull’espressiva similitudine per cui il ruolo del garante sarebbe quello di una sentinella che vigila sull’integrità dei beni alla cui tutela è preposta, GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit.

¹² Si esprime in termini di signoria sull’accadere, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 130. In questo senso sembra potersi leggere il passaggio in cui, non a caso, l’ordinanza, assegna rilievo alla possibilità concreta di esercitare un controllo e di perseguire la sicurezza (“il controllo era in concreto possibile e la sicurezza concretamente perseguibile”).

¹³ Per la distinzione, sotto il profilo funzionale, tra posizioni di protezione e posizioni di garanzia, v. *infra*.

¹⁴ La conformazione degli elementi sopra esposti discende dal confronto con quei principi costituzionali che giocano un ruolo fondamentale anche nella materia penale (rispettivamente, rifacendoci all’ordine seguito nell’elencazione, quello della riserva di legge e della tassatività, quello della libertà, quello di personalità della responsabilità penale e quello di solidarietà (su tali profili, v. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 523 e CANESTRARI e GIANGIACOMO, *Questioni di diritto penale. Il processo Salvemini*, cit., 63-66).

Per richiamare la fenomenologia più ricorrente, si pensi, a tacer d’altro, al settore della responsabilità medica o a quello degli infortuni sul lavoro (rispetto a tale ultimo ambito, *ex multis*, v. le osservazioni di VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1143 ss.; per puntuali riferimenti ad alcune significative pronunce, che palesano la costante espansione del paradigma dell’omissione impropria nei più vari contesti, v. CANESTRARI e GIANGIACOMO, *Questioni di diritto penale. Il processo Salvemini*, cit., 49-50 e 63-64, nota 35; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 526-527-528; sulla responsabilità del gestore della pista da sci, v., da ultimo, GIZZI, *La sicurezza dello sci tra obblighi del gestore e norme di circolazione*, www.neldiritto.it; emblematica, per quanto rileva specificamente in questa sede, Cass., Sez IV, 28 novembre 2003, M., in *Dir. pen. proc.*, 2004, 282).

particolare quelle che disciplinano i doveri connessi alla gestione della sede stradale da parte delle figure a ciò preposte.

Si diceva, in apertura, come il Gip cristallizzi la posizione di garanzia nell'art. 14 CdS¹⁵, norma della cui idoneità, sul piano formale¹⁶, a fungere da fattore genetico di un obbligo di impedire l'evento non pare potersi dubitare¹⁷.

4. Ma, se così è, il vero problema dell'ammissibilità di tale disposizione quale fonte di una posizione di garanzia si potrebbe comunque porre su un diverso versante, eminentemente sostanziale.

Un tale dubbio risulta, peraltro, agevolmente fugato.

Riguardata, infatti, da tale ultima prospettiva – alla cui stregua dover vagliare la conformità di tale esito valutativo sotto il profilo del rispetto dell'ortodossia costituzionale, esigenza, come anticipato, indiscutibilmente penetrata nella stessa definizione della figura del garante penale, imposta dalla suindicata rilettura sistematica¹⁸ – è agevole valorizzare il profilo contenutistico della norma prefata, recante una disciplina che pare avallare la scelta cui, nella specie, perviene il giudicante¹⁹.

Nel motivare l'assunto che precede giova, allora, soffermarsi sul dettato normativo espresso dalla disposizione testé citata.

Più precisamente, delle due macrocategorie che la formulazione della norma consente di individuare²⁰, il dettaglio della vicenda impone di considerare, in particolare, quanto previsto dal primo comma, che, nell'indicare quali destinatari gli enti proprietari delle strade²¹, affida ad essi, in maniera piuttosto chiara, una serie di poteri e di compiti specifici²², diretti a garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione.

¹⁵ D.lgs. n. 285 del 1992.

¹⁶ Cfr. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*: "il criterio formale dell'obbligo di agire è quanto meno quello da cui prendere le mosse nella ricostruzione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento".

¹⁷ Essa è infatti contenuta in un atto normativo avente forza di legge: una "legge in senso materiale" (MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III, Milano, 2009, 201).

¹⁸ V. *supra*.

¹⁹ V. *supra*.

²⁰ Ciò risulta agevole già ad una prima lettura del testo della norma, riportato per esteso nell'ordinanza.

²¹ Ed i concessionari, come dispone il co. 3: «Per le strade in concessione i poteri e i compiti dell'ente proprietario della strada previsti dal presente codice sono esercitati dal concessionario, salvo che sia diversamente stabilito».

²² In particolare: Art. 14. Poteri e compiti degli enti proprietari delle strade. 1. Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono:

a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi;

Va notato, al riguardo, come la fraseologia che si è scelto di adoperare – poteri e compiti²³ – si ritrovi nella stessa rubrica della norma che, così, plasticamente, ne prelude la fisionomia, segnalandone la funzione, coerente con la lettura sinottica sopra evocata. Declinabile secondo la grammatica del reato omissivo improprio, detta terminologia assume i tratti di una endiadi, capace di indiziare le fattezze proprie di un obbligo giuridico di impedire l'evento.

Prima di giungere ad una affermazione di responsabilità per aver disatteso un certo obbligo giuridico – è opportuno ribadirlo – non si può che passare, infatti, per il medio empirico della verifica dell'attribuzione del potere giuridico impeditivo di cui l'obbligo è trasfigurazione positiva; astratto potere che pretenderà, poi, di trovare conferma nel caso concreto, nella sussistenza cioè di un effettivo potere di fatto.

Per comprendere appieno l'importanza di una tale specificazione, si avverte la necessità di richiamare alla mente la tradizionale linea di demarcazione che separa gli autentici obblighi di impedimento dall'affollata congerie²⁴ di obblighi di sorveglianza²⁵ e di meri obblighi di attivarsi²⁶, inidonei ad instaurare

b) al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e relative pertinenze;
c) alla apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta.

²³ Anticipando quanto si dirà, leggi: doveri.

²⁴ Sulla quale cfr. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 343; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 55 ss.; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 523-524; CANESTRARI e GIANGIACOMO, *Questioni di diritto penale. Il processo Salvemini*, cit., 67. La rilevanza penale della loro violazione è subordinata alla sussistenza di una espressa previsione sagomata da una norma di parte speciale che li tipizzi.

²⁵ In proposito, si sottolinea come in molti frangenti del diritto civile si ritrovino, in specie, obblighi di vigilanza (Cfr. PROVERBIO, *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1998, 571); cfr. MANTOVANI, *Diritto, penale, parte generale*, III, Padova, 1992, *passim*, che porta ad esempio l'obbligo di sorveglianza «dei sindaci o di certi organi societari ispettivi» (contra FIORE, *Diritto penale*, I, Torino, 1993, 240, che configura in capo ai sindaci delle S.p.a una posizione di garanzia, a norma dell'art. 2403 c.c.).

In relazione al tema, sia consentito riservare un rilievo critico alla scelta di richiamare nella parte conclusiva dell'ordinanza in commento – nell'intento di irrobustire le proprie conclusioni – una sentenza di legittimità resa in ambito civile (Cass. Civ., Sez III, 22 marzo 2011, n. 6537). Sembrerebbe trascurarsi che l'orizzonte di principi che guidano il giudice in tale diverso contesto reca inevitabilmente con sé palpabili riverberi. Le somiglianze tra la pronuncia in esame e la sentenza citata – che pare utile brevemente chiosare, nei limiti di quanto rileva in questa sede – si fermano, infatti, all'intonazione generale della vicenda (nello specifico, ad aver cagionato l'evento morte, in quell'occasione, era la pericolosa collocazione di un guard-rail, da parte dell'A.N.A.S, contro il quale andava ad urtare il conducente di un veicolo, riportando ferite mortali), giacché, in quella sede, la fonte dell'obbligo veniva identificata nell'art. 2051 c.c., nel solco di un terreno esegetico e normativo volto ad alleggerire l'*onus probandi* che grava sul danneggiato, in omaggio alla logica che orienta l'evoluzione del sistema della responsabilità civile in tali speciali frangenti (nella manualistica, v. CARINGELLA e BUFFONI, *Manuale di*

lo speciale vincolo di tutela di cui si discorre e, conseguentemente, a fondare l'equivalenza normativa di cui all'art. 40 c.p.v.²⁷: a precludere un tale effetto è proprio la circostanza che tale ultima specie di doveri non trova la propria radice nell'esistenza, in capo al soggetto tenuto a conformarvisi, di poteri giuridici impeditivi²⁸.

Sulla scorta di quanto precede, quindi, come si anticipava, sembra corretto riconoscere all'obbligo di manutenzione e controllo²⁹, che l'ordinanza trae

diritto civile, IV, Milano, 2013, 1321 ss.). Ciò premesso, se si ritiene ammissibile, in tale diverso ordine di idee (qual è quello civilistico), una presunzione di responsabilità, nemmeno risulta evenienza eccentrica il riconoscimento, con essa, dell'adeguatezza di un potere di sorveglianza – come quello connesso agli obblighi di custodia – a costituire l'antecedente di un'affermazione di responsabilità in tale ramo del diritto, salvo che il danneggiante evidenzi gli estremi del "caso fortuito" (con riguardo alla casistica in materia di manutenzione stradale, si pensi al caso di un'anomalia improvvisa o ad una "condotta abnorme" della stessa vittima).

Ebbene, alla luce delle coordinate sopra esposte, ormai chiara la divaricazione, sul piano penale, tra dovere-potere di sorveglianza e dovere-potere di impedimento, altrettanto eclatante appare quanto un tale incedere ne risulterebbe distonico.

Se, poi, l'art. 2051 c.c. non consente di estendere alla relazione di mera custodia la qualifica di relazione di garanzia, difettando un imprescindibile requisito di tipicità (per l'appunto, l'obbligo di impedimento), non meno evidente è la circostanza che l'accertamento della colpa penale non potrebbe appiattirsi sulla presunzione sopra adombrata (sul punto, v. *infra*).

Tutto sommato, pur utile quale spunto per le riflessioni sopra svolte, deve dirsi, per vero, come il passaggio in discorso, nell'economia dell'ordinanza, non vada sopravvalutato, dovendo essere considerato nella sua esatta dimensione. Tale segmento, a ben vedere, appare del tutto neutro rispetto al complessivo iter logico seguito dal giudice, limitandosi soltanto a contenere un riferimento non troppo ponderato e, come si è mostrato, decisamente inconferente.

²⁶ Come nell'ipotesi di cui all'art. 593 c.p.

²⁷ Piuttosto, a tutto voler concedere, ove si pretenda enfatizzarsi un profilo di prossimità tra la figura del garante e quella del sorvegliante – estraneo, in ogni caso, alla categoria degli obblighi di attivazione – ci si dovrà limitare alla constatazione di un loro rapporto funzionale, potendo il primo – sempreché, si badi, sia chiamato in causa da una data situazione di pericolo in caso di incapacità del titolare del bene minacciato – usufruire del patrimonio conoscitivo acquisito e trasmesso dal sorvegliante in ottemperanza al proprio dovere di informare.

²⁸ Va precisato, per inciso, che si è fin qui utilizzata la nozione di reato omissivo improprio identificandolo con la risultante del meccanismo previsto dall'art. 40, co. 2, c.p., con il combinarsi, cioè, di una norma incriminatrice che preveda un'ipotesi di reato commissivo causalmente orientato con la clausola di equivalenza ivi contemplata; per vero, l'interscambiabilità di dette nozioni, che pone quale *discrimen* la modalità di tipizzazione dell'illecito omissivo, non è pacifica, affacciandosi anche una diversa impostazione che, invece, sulla base del dato strutturale della fattispecie, definisce improprie tutte quelle fattispecie, non incompatibili con una loro realizzazione in forma omissiva, costruite attorno alla verifica di un certo risultato (nella manualistica, cfr., per tutti, GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 514).

Va allora da sé come anche la qualificazione delle ipotesi criminose in cui figurano obblighi di vigilanza vari in funzione dell'adesione all'una o all'altra impostazione suindicata.

²⁹ Vale sottolineare un aspetto: si legge nell'ordinanza che "la demolizione del muretto avrebbe evitato l'impatto mortale". Non emergendo dagli atti, non si puntualizza, nello sfiorare il tema del giudizio controfattuale (per una riflessione sul punto nell'ambito dei reati omissivi impropri colposi v. *infra*),

dalla limpida enunciazione della norma, una pregnanza in termini impeditivi, atta ad evocare il paradigma del garante, sembrando sussistere tutti i requisiti³⁰ per configurare un omicidio colposo³¹ realizzato mediante la suindicata omissione.

5. Stando così le cose, il giudice prosegue affermando che la norma in discorso “attribuisce un obbligo di protezione e controllo”.

Il punto merita particolare attenzione.

Una tale asserzione può, infatti, risultare fuorviante, affacciandosi l'interrogativo circa la riconduzione di siffatto obbligo tra quelli di protezione o quelli di controllo³².

Stando al tenore letterale, il giudice non pare sciogliere il dilemma, non sembrando qui, almeno all'apparenza, così adamantino.

Peraltro, pur potendosi legittimamente esprimere delle sensate riserve circa l'opportunità di un tale accostamento terminologico, seguitando nella lettura dell'ordinanza appare chiaro come, verosimilmente, si debba trattare di un utilizzo soltanto in senso atecnico del lessico tipico del reato omissivo improprio, lessico, peraltro, che pare subito ricondursi al suo autentico significato nel momento in cui si chiarisce profilarsi una «fonte di pericolo cui sono esposti tutti i fruitori della strada», ripetendo una fraseologia

quale delle due fasi (controllo o manutenzione) sia risultata del tutto carente o comunque inappropriata, così da mantenere in uno stato di inadeguatezza il parapetto e, conseguentemente, da determinare il verificarsi dell'evento.

³⁰ Per le componenti del reato omissivo improprio, v. *supra*.

³¹ Sugli aspetti relativi alla colpa, v. *infra*.

Ancorché il Gip non si soffermi esplicitamente su tale risvolto, pare degno di nota un recente indirizzo della Suprema Corte (Cass., Sez IV, 3 maggio 2012, Porcu, in *Mass. Uff.*, n. 252971) che interpreta l'art. 589, co. 2, c.p. nel senso di non richiedere, per la configurabilità dell'aggravante ivi contemplata, che il titolare della posizione di garanzia sia impegnato in concreto nella fase della circolazione stradale, risultando necessario soltanto che l'obbligo di impedimento sia finalizzato alla tutela della sicurezza degli utenti della strada. Dunque, aderendo ad una tale esegesi, qualora nelle fasi successive di giudizio trovi conferma l'esposta ricostruzione in fatto e in diritto – e sempreché si ritenga di dare seguito all'orientamento citato – l'aggravante sembrerebbe senz'altro applicabile nel caso in esame.

³² Per comprendere la questione, va tenuta presente la tradizionale classificazione che distingue, nell'ambito dell'obbligo di impedire l'evento, tra posizioni di protezione e posizioni di controllo, a seconda dell'esistenza di una particolare relazione di protezione di determinati beni di terzi da qualsiasi fonte di pericolo che possa in concreto minacciarli o di una condizione di “dominio” su una determinata fonte di pericolo a tutela di tutti i beni che vi si trovino esposti (cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 524; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, *passim*; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 202-203-204).

classicamente adoperata per fare riferimento alla categoria degli obblighi di controllo³³.

Decifrato così il senso dei sintagmi considerati, una volta riletti in tale chiave, v'è, però, da chiedersi se esso descriva in modo appropriato la natura della posizione di garanzia che contrassegna il caso di specie e quelli consimili.

Alla luce della normativa di settore, tra cui spicca, per l'appunto, l'art. 14 CdS, si comprende come il fulcro dell'attività organizzativa di gestione svolta dall'ente – da intendersi in senso ampio come comprensiva delle operazioni di controllo e di manutenzione, che qui particolarmente interessano – verta specificamente sul patrimonio stradale. Ora, non è chi non veda quale sia la giustificazione del riconoscimento a carico del gestore di una tale posizione di garanzia.

Per un verso, si staglia una sfera di appartenenza di un determinato ambito materiale (tutto ciò che pertiene al suolo stradale), che reca i segni di una relazione di doverosità-signoria; per altro, il rapporto che si viene ad instaurare con i soggetti coinvolti da potenziali dinamiche lesive, che scaturiscano da tale contesto, è solo indiretto e mediato: passa, appunto, per il filtro del controllo su una determinata fonte di pericolo.

Va da sé, allora, come la posizione di garanzia che qui rileva trovi il suo autentico sostrato in un'esigenza di controllo di una fonte di pericolo – attesi i rischi insiti, *in primis*, nella fase della circolazione stradale – volta ad assicurare sicure condizioni di percorrenza e viabilità, in funzione di tutela dei beni giuridici facenti capo a tutti i relativi utenti.

6. Così impostata la questione della configurabilità di un reato omissivo improprio, sembra ora venuto il momento di proseguire nel saggiare da vicino il versante della colpa.

Non sembra inutile, in proposito, tornare a percorrere il tragitto compiuto dal giudice.

Nel fare ciò, invero, taluni elementi, ad un primo sguardo disomogenei e distanti, se osservati con attenzione, ci si svelano nella loro cifra comune.

³³ Per tutti, PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., 267; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 386; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 293. Non sarebbe affatto peregrina, per vero, l'obiezione per cui il concetto di "protezione" viene di nuovo ripreso ("l'evento morte per sinistro stradale rientra tra quelli che l'obbligo di protezione mira ad evitare"), a dire che il giudice, oscillando sul punto, non vuole affatto prendere posizione. Peraltro, una tale scelta potrebbe ben spiegarsi in maniera assai differente e – si crede – preferibile (al riguardo, sull'influsso che potrebbe averla determinata, riveniente dal distinto piano dell'elemento soggettivo, v., *infra*, note 37 e 41).

Essi sembrano prestarsi, nel loro complesso, a costituire l'abbrivio per una riflessione di portata generale.

Volendone operare una essenziale mappatura, un primo indizio di tale matrice unitaria si rinviene nel trapasso, senza evidenti soluzioni di continuità, dal terreno dell'omissione ai lidi della colpa, evocata, anche se non espressamente appellata, dal riferimento alle "norme precauzionali"³⁴; e ciò proprio allorquando, appena prima, l'obbligo di "manutenzione e controllo" si era visto tramutare in obbligo di "rimozione"³⁵, ottemperato il quale, per l'appunto, l'evento mortale sarebbe stato evitato³⁶.

Se a tanto, poi, si aggiunge che lo scopo di tutela³⁷, tratto specifico delle regole cautelari, nel contesto del giudizio sulla "concretizzazione del rischio", appare essere riferito esplicitamente all'obbligo di impedimento, si potrebbe forse già indovinare ciò cui si vuole alludere.

Il rapido affresco che si offre pone di fronte alla tormentata questione che fa perno sui rapporti tra obbligo di garanzia ed obbligo di diligenza³⁸: con maggiore impegno esplicativo, al problema relativo alla possibilità di una reale operatività autonoma, sul piano oggettivo, dello schema della colpa rispetto a quello dell'omissione.

Ebbene, ad un quesito così posto, avveduta dottrina³⁹ è concorde nel fornire una risposta tendenzialmente⁴⁰ negativa.

³⁴ Così nell'ordinanza in commento.

³⁵ «Che la omissione (omessa rimozione del muretto pericoloso) è quindi imputabile [...]».

³⁶ Poco sopra, infatti: «la demolizione del muretto avrebbe evitato l'impatto mortale».

³⁷ Richiamando quanto preannunciato in nota 33, ecco forse spiegata la scelta terminologica del giudicante: la chiave di lettura potrebbe essere una sostituzione del modulo concettuale dell'omissione con quello proprio della colpa (v., *infra*, nota 41).

³⁸ Risultando un fuor d'opera la compiuta disamina del tormentato dibattito che ruota attorno a tale problematica, si rinvia, per una visione di insieme, a ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 467.

³⁹ Per tutti MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 103; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 106. *Contra*, per tutti, le conclusioni di ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 467, desunte, per vero, da un argomento che potrebbe risultare un po' formalistico e artificioso.

⁴⁰ Talune osservazioni sono sviluppate, per vero, da autori che, pur accogliendo, in linea di principio, tale asserto, non mancano di porre in luce a quale rischio esponga, già sul piano oggettivo, una completa equiparazione, senza riserve, tra la causalità della colpa e la causalità omissiva. Si rimarca, in particolare, come, pur a fronte di evidenti analogie, una differenza non poco significativa, troppo spesso trascurata dalla prassi, atterrebbe allo standard di accertamento. Nel campo dell'omissione colposa, infatti, al dubbio in ordine alla sussistenza della causalità della colpa seguirebbe inevitabilmente un dubbio sull'attribuibilità del fatto stesso all'agente.

Mentre nell'illecito commissivo colposo apparirebbe chiara l'autonomia dell'accertamento della causalità della colpa rispetto a quello relativo all'efficacia condizionante della condotta, l'affinità tra il primo e il secondo giudizio emergerebbe con tutta evidenza quando sul tappeto vi sia un'omissione. In

In realtà, si nota, il contenuto dell'obbligo di impedimento, per essere specificato, - e risultare così intelligibile da parte dell'agente - necessita proprio della mediazione del "comportamento alternativo lecito", concretizzazione del *facere quod debeatur*.

Tanto è vero che, come anticipato, nel caso di specie il generico obbligo di controllo e manutenzione si tramuta in un dovere di rimozione.

Allora si capisce anche come il predicare dell'obbligo uno scopo di protezione⁴¹ equivalga ad enfatizzarne quella conformazione che gli deriva dal suo essersi posto in contatto con la "misura oggettiva"⁴² della colpa.

Come, del resto, l'individuare nella "demolizione" - nella sede del giudizio di addenda mentale - l'antecedente virtuale della causalità omissiva; con ciò identificando, al contempo, la concreta modalità operativa che avrebbe consentito la neutralizzazione o comunque la riduzione del pericolo.

Va, peraltro, chiarito con nettezza che l'assunto da cui si è partiti non deve condurre ad attrarre la colpa in un'orbita esclusivamente strumentale alla definizione in termini più precisi della condotta omessa.

Si profila, in realtà, uno spazio residuo che solo la prima categoria può sondare. È pur vero, da una prospettiva oggettiva, che la colpa moduli l'effettiva consistenza dell'omissione penalmente rilevante, ma appagarsi di questa constatazione vorrebbe dire sostenere che la colpa si riduce alla semplice violazione di una regola cautelare, nella misura in cui è questa che

tale ultima evenienza, infatti, dette verifiche finirebbero per essere sovrapponibili, sviluppandosi secondo il medesimo schema: la sostituzione del comportamento effettivamente tenuto con quello doveroso omesso/alternativo lecito. Pertanto, non potendosi scindere la verifica del requisito dell'evitabilità in concreto da quella relativo al nesso causale-condizionalistico, sarebbe del tutto conseguente, nel caso dell'omissione, reputare necessario, nel vagliare il "nesso interno alla colpa", il soddisfacimento del parametro dell'"elevata credibilità razionale", del criterio della probabilità logica (enucleato dalla nota Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *questa Rivista*), il cui rispetto è richiesto nell'ambito dell'accertamento del nesso di causalità materiale. Diversamente, ove si verta in materia di causalità attiva, il suddetto requisito rappresenterebbe un elemento da accertarsi esclusivamente sul piano della colpa, riflettendo l'esigenza di effettuare una selezione ulteriore delle ipotesi cui deve seguire la responsabilità penale, per un fatto comunque già "proprio" dell'agente, eziologicamente riconducibile alla sua condotta; selezione questa che potrebbe dunque fare a meno di quella certezza tipica del piano della causalità materiale, operando secondo criteri probabilistici, di innalzamento del rischio di verifica dell'evento (per tale opinione, v. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 49 ss.).

⁴¹ V. *supra* note 33 e 37. Si legge: "L'evento morte per sinistro stradale rientra tra quelli che l'obbligo di protezione mirava ad evitare".

⁴² Sulla doppia misura della colpa, v., in letteratura, DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78., 297; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., *passim*.

svolge un ruolo indubitabile nell'imprimere i dettagli dell'atteggiarsi del dovere impeditivo.

Equivale a disconoscere, insomma, l'imprescindibile dimensione di esigibilità che si sostanzia nella c.d. misura soggettiva della colpa⁴³: il profilo, quindi, della riconoscibilità del pericolo che si concretizzi l'evento⁴⁴.

In una parola, la prevedibilità.

E nel fluire del ragionamento del giudice nemmeno tale momento appare negletto, giacché questi giustappone agli aspetti inerenti le "norme precauzionali" (leggi: regole cautelari) quello concernente la prevedibilità⁴⁵: suggerito il citato margine di sovrapposizione, pare segnalare, ora, limpidamente, quello di non corrispondenza.

7. Ma non è tutto.

Il modo di affrontare la tematica suscita ulteriori riflessioni.

Ad avviarle è il richiamo operato dal giudice alla normativa settoriale relativa alle barriere di sicurezza, contenuta, in particolare, nel D.M. n. 223 del 1992 e successivi.

Così dispiegandosi, l'argomentare dell'interprete sembra far perno su un'ipotesi di colpa specifica⁴⁶. Si potrebbe, allora, quasi ricavarne l'impressione che il giudicante sfiori la problematica del discusso rapporto tra prevedibilità e colpa specifica⁴⁷. Sennonché, come si cercherà di illustrare, più che aderire o meno al diffuso asserto portato avanti al riguardo in letteratura e nella giurisprudenza più recente – circa la necessità che la valutazione della prima non sia assorbita dal mero riscontro della violazione di una regola cautelare scritta – impregiudicata tale questione, il giudice sembra figurarsi, a ben vedere, un caso di colpa generica. Tale ultima osservazione non è così intuitiva, esigendo quindi di essere spiegata. Essa si ritrae, in primo luogo, dal rilievo che è lo stesso D.M. cit.⁴⁸ a delineare chiaramente il proprio ambito

⁴³ V., al riguardo, i contributi di grande pregio richiamati nella nota precedente.

⁴⁴ Rientra nel novero di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire ed in concreto evitabile.

⁴⁵ «[...] Era possibile prevedere un urto letale trattandosi di un manufatto rigido e sporgente».

⁴⁶ Basti ricordare come l'art. 43 c.p., nel delineare la colpa, evochi una *summa divisio*, limitandoci alle notazioni essenziali: le regole cautelari possono scaturire dall'esperienza comune e tecnico-scientifica o essere contenute in fonti scritte (MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 294 ss.; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 919 ss.).

⁴⁷ Sul punto, per tutti, cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 927 ss.

⁴⁸ Per semplicità, si faranno brevi cenni soltanto a detto decreto giacché, per quanto qui rileva, le osservazioni ad esso riferite sono in sostanza estensibili a quelli successivi.

materiale⁴⁹, da cui sostanzialmente sono sottratte le opere (strade, manufatti e così via) già esistenti e ancora integre. Ora, stando alle acquisizioni istruttorie, non pare, francamente, di trovarsi nell'area di applicabilità della disposizione in esame.

Tuttavia, sembrerebbe altrettanto impensabile che il giudice non abbia considerato tale aspetto, risultando, semmai, indicazioni di segno opposto (si parla di un parapetto "edificato verosimilmente nei primi del '900", quindi, certamente, da considerarsi esistente alla data di entrata in vigore⁵⁰ del citato decreto). Dunque, verosimilmente, la spiegazione di tale richiamo va cercata altrove.

A ben considerare, il D.M. cit., con un approccio "prestazionale"⁵¹, cristallizza l'evoluzione delle basi nomologiche in materia, riflesso di un patrimonio nozionistico ormai consolidato che collega determinati "segnali", indici, "segni premonitori", che dir si voglia, (nel caso in esame la rigidità e la sporgenza del manufatto in questione) al possibile verificarsi di determinati eventi lesivi (tra gli altri, appunto, l'evento-morte). Regole cautelari non scritte, quindi, al di là di quanto fissato dal D.M. cit.⁵², già si potevano rinvenire, necessitavano soltanto che fossero percepibili quei segnali capaci di indiziare il possibile verificarsi dell'evento da loro preso in considerazione (nel caso di specie, quindi, che si potessero riconoscere come inadeguate le caratteristiche – struttura e posizione – del muretto)⁵³. Insomma, se non ci si inganna, il D.M. prefato nasce proprio dalla presa d'atto circa l'esistenza – lo si ripete – di una serie di regole cautelari, non scritte, legate a filo doppio con

⁴⁹ V. in particolare co. 2 e 3, art. 2, co. 2: «I progetti relativi alla costruzione di nuovi tronchi stradali dovranno prevedere la protezione delle zone precisate nelle istruzioni tecniche di cui al successivo art. 8». Co. 3: «Analogia progettazione dovrà essere svolta in occasione dell'adeguamento di tratti significativi di tronchi stradali, oppure nella ricostruzione e riqualificazione [...]». Approntando specifiche procedure e prescrizioni tecniche, non stupisce che tale D.M. si applichi solo alle "nuove opere": si sarebbe, altrimenti, dovuto attendere, di fatto, ad una radicale modifica della totalità di quelle già esistenti, magari non pericolose, per il senso comune, ma nemmeno conformi alla normativa.

⁵⁰ Momento, tra l'altro, non determinante ai fini dell'applicabilità del decreto: sulla questione della ritardata efficacia operativa del D.M. cit., cfr. DEMOZZI, *Ambiente e sicurezza*, *Il Sole 24 Ore*, 2004, 39 ss.; RICCARDI, *Reati alla guida. Percorsi giurisprudenziali*, Torino, 2010, *passim*.

⁵¹ Così si esprime DEMOZZI, *Ambiente e Sicurezza*, cit.

⁵² La cui rilevanza è, infatti, solo indiretta (cfr. l'ordinanza: "indirettamente").

⁵³ Una conferma all'interpretazione proposta in queste note sembra provenire anche dalla circolare del Ministero LL PP., 9 giugno 1995, n. 2595 (sulla quale, v. RICCARDI, *Reati alla guida. Percorsi giurisprudenziali*, 241), che, nel considerare le ipotesi che fuoriescono dalla sfera di applicazione del decreto più volte citato, focalizza l'attenzione sulla necessità di garantire, in ogni caso, le "migliori condizioni di sicurezza": richiamo generico che sembra demandare al consueto parametro delle regole cautelari enucleabili nel caso concreto la propria decantazione.

lo svilupparsi delle conoscenze in materia. Rileva, quindi, solo “indirettamente”, quale elemento di conferma della configurabilità di un caso di colpa generica, esistendo un patrimonio tecnico-scientifico acquisito – e, nel nostro caso, ancor prima, nozioni di comune esperienza – in tale ramo, che gli “addetti ai lavori” non potevano non conoscere⁵⁴.

GIULIA PINI

⁵⁴ Compito del soggetto gravato dell’obbligo di “manutenzione”, come è ormai chiaro, è proprio quello di rimuovere quelle situazioni di irregolarità da cui è prevedibile il sorgere di pericoli per gli utenti della strada. Nel caso di specie, l’ente gestore poteva-doveva, quindi, tener conto – agendo di conseguenza – che la presenza sulla strada di un muretto completamente in pietra, più sporgente rispetto al cordolo della banchina, si connota per un’intrinseca idoneità ad occasionare una classe di eventi che può abbracciare anche un esito mortale.

Si può così conclusivamente rispondere alle serrate critiche mosse da chi (BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 1215-1216) paventi che sostenere una sovrapposizione tra il giudizio relativo alla causalità della colpa e l’accertamento della causalità omissiva celerebbe una sottovalutazione della necessità che le basi nomologiche siano ragionevolmente conoscibili. Basti, per fugare ogni dubbio, tornare a precisare come la prima questione si ponga su un piano oggettivo, mentre il profilo della conoscibilità delle basi nomologiche, tutt’altro che appiattito, viene a collocarsi esattamente nel contesto della “misura soggettiva della colpa”, involgendo il concetto di prevedibilità (in argomento, *supra*).